

Sygn. akt: KIO 101/17

**WYROK**  
**z dnia 31 stycznia 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Członkowie: Aneta Mlącka**

**Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2017 r. przez Wykonawcę **Konkret D. F. M. M. Spółka jawna** z siedzibą w Chełmno przy ul. Dworcowa 15A (86-200 Chełmno) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Piekarskie Centrum Medyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Piekarach Śląskich przy ul. Szpitalnej 11 (41-940 Piekary Śląskie)

**orzeka:**

**1 Oddala odwołanie.**

2.1 Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę Konkret D. F. M. M. Sp. J. z siedzibą w Chełmnie i:

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę Konkret D. F. M. M. Sp. j. z siedzibą w Chełmnie, tytułem wpisu od odwołania;

2.3 Zasądza od Wykonawcy Konkret D. F. M. M. Sp. J. z siedzibą w Chełmnie na rzecz Zamawiającego – Piekarskie Centrum Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Piekarach Śląskich, kwotę **3 600 zł.00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Piekarskie Centrum Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Piekarach Śląskich w trybie przetargu nieograniczonego na *wyposażenie nowego budynku Szpitala obejmujące dostawę, montaż i wdrożenie sprzętu medycznego, informatycznego wraz z oprogramowaniem oraz wykonanie w systemie zaprojektuj i wybuduj, wyposaż Pracowni Obrazowej* (nr sprawy ZP/PN/01/2017), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 5 stycznia 2017 r., 2017/S 003-003034, Wykonawca Konkret D. F. M. M. Sp. j. z siedzibą w Chełmnie wniósł w dniu 16 stycznia 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 101/17).

Zamawiający opublikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w dniu 5 stycznia 2017 r.

Przedmiotem zarzutów objęto treść siwz i ogłoszenia o zamówieniu w związku z:

1. brakiem podziału zamówienia na części pomimo jego różnorodności – zamówienie zawiera w sobie wykonanie projektu budowlanego, robót budowlanych, dostawę sprzętu medycznego, mebli, sprzętu komputerowego, biurowego i innego wyposażenia oraz oprogramowania oraz finansowanie zamówienia do czasu jego spłaty przez zamawiającego co ma nastąpić w 96 miesięcznych ratach – uniemożliwia to ubieganie się o udzielenie zamówienia nawet przez średnie przedsiębiorstwa;
2. rozbieżnościami we wskazaniu przez zamawiającego terminu płatności rat miesięcznych;
3. brakiem przekazania treści umowy wsparcia z Miastem Piekary Śląskie;
4. niejednoznacznym określeniem warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do kompetencji lub uprawnień wykonawcy;
5. niejednoznacznym określeniem warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej wykonawcy oraz dokumentu żądanego na jego potwierdzenie;
6. nadmiernym określeniem warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej;
7. określeniem wymogów wobec podmiotu trzeciego przekraczających te odnoszące się do wykonawców;
8. dowolnym określeniem prawa żądania oświadczeń podwykonawców;
9. brakiem żądania wszystkich wymaganych oświadczeń i dokumentów;
10. żądaniem złożenia wykazu nienależycie wykonanych dostaw;
11. sprzecznością pomiędzy treścią ogłoszenia i siwz;

12. brakami w treści ogłoszenia.

Powyższe stanowi podstawę zarzutów:

- a) naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp – poprzez brak podziału zamówienia na części, co narusza konkurencję ograniczając możliwość ubiegania się o zamówienie mniejszym podmiotom, w szczególności małym i średnim przedsiębiorstwom oraz poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności zawodowej, który wyklucza z udziału w postępowaniu rzetelnych wykonawców, którzy choćby tylko raz nie dochowali należytej staranności przy realizacji zamówienia oraz poprzez nałożenie większych ograniczeń wobec podmiotów trzecich niż wobec wykonawców, przy braku jakiegokolwiek uzasadnienia dla różnego ich traktowania oraz poprzez dowolne zastrzeżenie możliwości żądania oświadczeń podwykonawców niezgodnie z zasadą przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców;
- b) naruszenie art. 22 ust. 1a Ustawy Pzp poprzez ustanowienie warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do kompetencji lub uprawnień wykonawcy oraz jego sytuacji ekonomicznej, które nie służą ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;
- c) naruszenie art. 22a ust. 3 Ustawy Pzp poprzez nałożenie większych ograniczeń wobec korzystania z potencjału podmiotów trzecich niż przewidziano we wskazanym przepisie;
- d) naruszenia art. 25 ust. 1 Pzp poprzez żądanie treści wykazu dostaw, które nie jest niezbędne do przeprowadzenia postępowania;
- e) naruszenie art. 25a ust. 5 pkt 1 Pzp poprzez dowolne zastrzeżenie możliwości żądania oświadczeń podwykonawców podczas gdy zastosowanie tego wymogu powinno być już przesądzone w siwz;
- f) naruszenie art. 26 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp poprzez brak żądania wszystkich wymaganych ustawowo oświadczeń i dokumentów;
- g) naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp poprzez brak jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia, tj. określenia terminu płatności rat miesięcznych oraz brak wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia, tj. brak przekazania treści umowy wsparcia z Miastem Piekary Śląskie, ewentualnie istotnych informacji dotyczących zawarcia umowy;

- h) naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp poprzez brak podziału zamówienia na części, co powoduje, iż przedmiot zamówienia jest opisany w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
- i) naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 6 Pzp, ewentualnie naruszenie art. 41 pkt 7a Pzp poprzez nieprawidłowe określenie żądania dotyczącego aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej;
- j) naruszenie art. 41 pkt 7a Pzp poprzez brak określenia w ogłoszeniu o zamówieniu warunków udziału w postępowaniu oraz wykazu oświadczeń i dokumentów jakie należy złożyć w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień siwz zgodnie z żądaniami opisanymi w treści odwołania.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 30 stycznia 2017 r. przed otwarciem rozprawy, Odwołujący cofnął zarzuty w zakresie podstawy faktycznej opisanej w pkt 2, 4-11 odwołania. Podtrzymał zarzuty związane z podstawą faktyczną z pkt 1, 3 i 12 odwołania. W świetle powyższego rozpoznaniu podlegały wyłącznie zarzuty podtrzymane przez Odwołującego, tj. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Ustawy Pzp w związku z brakiem podzielenia zamówienia na części, naruszenia art. 29 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez brak przekazania treści umowy wsparcia oraz zarzut naruszenia art. 41 pkt 7 oraz 7a Ustawy Pzp poprzez braki w wymaganej treści ogłoszenia.

**Ad. 1 – brak podziału zamówienia na części, jako podstawa zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 art. 29 ust. 2 Ustawy Pzp.**

Odwołujący jako radykalnie ograniczające udział podmiotów w postępowaniu wskazał objęcie jednym zamówieniem różnorodnych świadczeń, co nastąpiło bez żadnych wyraźnych korzyści dla Zamawiającego. Jedynie wygoda uzasadnia połączenie ze sobą dostawę łóżek szpitalnych z dostawą sprzętu komputerowego z wykonaniem pracowni diagnostyki obrazowej wraz z pracami projektowymi i robotami budowlanymi. Odwołał się do stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych w którym zauważono, że *jednym z głównych celów dyrektywy z zakresu zamówień publicznych jest zwiększenie udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w rynku zamówień publicznych. Działanie takie powinno zaowocować również zwiększeniem konkurencji między wykonawcami. Zgodnie z motywem 78 preambuły do dyrektywy klasycznej w przypadku, gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji*

*instytucji zamawiającej.* Przykłady przyczyn wymienione zostały w motywie przez wskazanie na możliwość stwierdzenia, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. zatem ewentualne obawy związane z niewielkimi trudnościami czy kosztami bądź nieznacznymi problemami z koordynowaniem działań wykonawców, a tym bardziej wygoda Zamawiającego, nie powinny stanowić dostatecznej podstawy do zaniechania podziału zamówienia na części.

Swoboda Zamawiającego w decyzji o braku podziału zamówienia na części ograniczona jest zasadą uczciwej konkurencji. Należy zatem badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja co do podziału zamówienia i ilości części nie naruszy konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o nie w szczególności małym i średnim przedsiębiorstwom.

Połączenie w obecnym postępowaniu dostaw odrębnych sprzętów prowadzi do niemożliwości zrealizowania zamówienia nawet przez średnich wykonawców, którzy normalnie zajmują się dostarczeniem wyposażenia szpitali w wielu zakresach. Ponadto, połączenie spowodowało zwiększenie postawionych warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, co stanowi kolejną przeszkodę w ubieganiu się o to zamówienie.

W celu poszanowania zasady uczciwej konkurencji Zamawiający winien podzielić zamówienie na części z wyodrębnieniem do każdej części dostaw o podobnym charakterze, by ten podział odzwierciedlał nie tylko żądanie Odwołującego ale również Zamawiającego.

### **Ad. 3 – brak przekazania treści umowy wsparcia z Miastem Piekary Śląskie, jako podstawa zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 Ustawy Pzp.**

*Zgodnie z pkt IV.8 siwz zabezpieczenie niniejszej umowy stanowi trójstronna umowa wsparcia, której gwarantem jest Miasto Piekary.*

Wskazana umowa wymieniona została jako załącznik nr 9 do siwz, jednak nie została umieszczona na stronie internetowej razem z innymi dokumentami (do czasu sporządzenia odwołania). Obecnie nie można uznać, aby stanowiła część siwz. Jednocześnie jej treść może mieć istotne znaczenie dla warunków oferty, tj. oszacowania i wyceny ryzyka związanego z wydłużeniem okresu spłaty ceny. Zamawiający oczekuje rozłożenia płatności na 96 rat miesięcznych. Pierwsza rata płatna ma być dopiero po odbiorze całego zamówienia, przy czym pierwsza część dostawy, zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym (załącznik nr 4 do siwz) powinna zostać zrealizowana w terminie 60 dni od dnia podpisania umowy, co daje dodatkowe 4 miesiące finansowanie tej pierwszej części

zamówienia. Brak informacji co do zakresu udzielanego zabezpieczenia może prowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert i stanowi niezgodność z wymogiem wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia

Formułując zarzut na tej podstawie Odwołujący wskazał na brak jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia dotyczący określenia terminu płatności rat miesięcznych oraz brak przekazania treści umowy wsparcia z Miastem Piekary Śląskie, ewentualnie istotnych informacji dotyczących zawarcia tej umowy.

Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu określenia czy wskazana umowa została zawarta czy dopiero będzie zawarta, a jeśli została zawarta żądał nakazania udostępnienia jej kopii wraz z załącznikami oraz późniejszymi zmianami. W przypadku, gdy umowa będzie dopiero zawarta żądania Odwołującego dotyczyły wskazania przez Zamawiającego kiedy umowa zostanie zawarta, kto będzie jej stroną, przekazania jej wzoru oraz określenia, czy istnieją po stronie Miasta Piekary Śląskie zobowiązanie do zawarcia wskazanej umowy, z czego ono wynika i czy Rada Miasta Piekary Śląskie podjęła uchwałę stanowiącą podstawę do udzielenia takiego wsparcia.

#### **Ad. 12 – braki w wymaganej treści ogłoszenia o zamówieniu, jako podstawa zarzutu naruszenia art. 41 pkt 7 oraz 7a Ustawy Pzp.**

Odwołujący wskazał na braki w treści ogłoszenia o zamówieniu, w którym Zamawiający nie określił w pkt III.1.2 i III.1.3 warunków udziału w postępowaniu, ani oświadczeń i dokumentów, jakie należy złożyć w celu potwierdzenia ich spełnienia. Odwołał się jedynie do treści dokumentów zamówienia, a takie odesłanie nie może stanowić o wypełnieniu obowiązku zawarcia informacji w ogłoszeniu (art. 41 Ustawy Pzp). Odesłanie to powoduje konieczność poszukiwania informacji na stronie internetowej Zamawiającego i pobrania siwz, co może stanowić przeszkodę dla wykonawców zagranicznych dyskryminowanych w stosunku do wykonawców krajowych.

Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu uzupełnienia ogłoszenia o zamówieniu o wymagane informacje obejmujące warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia wraz z wykazem oświadczeń lub dokumentów potwierdzających ich spełnienie i brak podstaw do wykluczenia.

Zamawiający na posiedzeniu prowadzonym z udziałem stron złożył odpowiedź na odwołanie z wnioskiem o jego oddalenie oraz załączył treść siwz po zmianach, a także sprostowanie ogłoszenia z dnia 28.01.2017 r.

## **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów podtrzymanych na posiedzeniu przed skierowaniem odwołania na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał, iż nie można uzasadniać odwołania interesem prawnym wykonawcy, który żąda unieważnienia postępowania. Ponadto, zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, aby wskazane podstawy faktyczne zarzutów uniemożliwiały mu złożenie oferty i uzyskanie zamówienia. Odnosząc się do podniesionej kwestii oceny istnienia interesu po stronie Odwołującego uzasadniającego wniesienie odwołania, Izba miała na uwadze znaczenie, jakie dla losów tego postępowania ma prawidłowe jego przygotowanie i ogłoszenie. Ponieważ odwołaniem objęto czynność braku podziału zamówienia na części, a także błędy, jakie Zamawiający miał popełnić przygotowując treść siwz i ogłoszenia, decydujące o zakresie składanej oferty, a także możliwości badania ofert pod kątem między innymi spełniania warunków udziału w postępowaniu, niewątpliwie naruszenia w tym obszarze, mogą godzić w interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Jako Wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia, Odwołujący posiadał w momencie wnoszenia odwołania interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, które mogły utrudniać prawidłowe przygotowanie oferty, a także decydowały o możliwości jej złożenia w tym postępowaniu z uwagi na możliwości danego wykonawcy. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym ogłoszenia i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zasadniczo jedynie w zakresie pierwszego z zarzutów dotyczącego braku podziału zamówienia na części treść siwz i ogłoszenia nie uległa zmianie po wniesieniu odwołania.

Pozostałe dwie okoliczności faktyczne dotyczące braku załącznika do siwz – umowy wsparcia finansowego oraz braku zamieszczenia w ogłoszeniu informacji w sekcji III.1.2 i III 1.3 ogłoszenia traciły aktualność w momencie rozpoznania odwołania, gdyż Zamawiający dokonał zmiany w treści siwz oraz sprostował ogłoszenie o zamówieniu, na potwierdzenie czego przedłożył wydruki aktualnych dokumentów.

Rozstrzygając o zarzutach Izba miała również na uwadze stan faktyczny ustalony na podstawie aktualnych dokumentów: ogłoszenia oraz siwz. Izba rozpoznając odwołanie oceniała, czy zarzuty mogły uzasadniać nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany w treści dokumentów. W sytuacji, gdy Zamawiający zdążył wprowadzić zmiany o jakie wnosił wykonawca, lub zmiany te wpływały istotnie na zmienioną treść, zarzuty traciły na znaczeniu pod kątem ustalenia wpływu naruszeń na wynik postępowania. W ocenie składu orzekającego, postanowienia siwz, które zostały zgodnie z regulacją ustawową zmodyfikowane przez Zamawiającego, nawet już po wniesieniu odwołania, nie mogą mieć już wpływu na wynik postępowania, które będzie prowadzone według nowych zasad.

Przechodząc do stanu sprawy ustalonego w oparciu o dokumentację postępowania Izba ustaliła, iż Zamawiający zamierza udzielić zamówienia na całość jednemu wykonawcy (wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie), który złoży ofertę obejmującą wszystkie elementy przedmiotu zamówienia obejmującego dostawę, montaż i wdrożenie sprzętu medycznego, informatycznego i pomocniczego (niemedycznego), zaprojektowanie, wybudowanie wraz z dostawą, montażem i wdrożeniem wyposażenia pracowni obrazowej wraz z finansowaniem całego zamówienia. Łącznie ofertę należy złożyć na 50 pozycji asortymentowych wymienionych w formularzu oferty oraz wskazać koszt finansowania/marżę (poz. 51 formularza oferty). Zamawiający wymaga ratalnego sposobu zapłaty ceny za dokonaną dostawę rozłożoną na 96 miesięcznych rat, płatnych po podpisaniu ostatecznego protokołu odbioru (§ust. 6 i 8 wzoru umowy). Całość dostawy zrealizowana ma być w terminie 180 dni od dnia zawarcia umowy (§4 ust. 1 wzoru umowy).

Zamawiający w celu sfinansowania zamówienia, na którego zakup nie posiada własnych środków, uzyskał wsparcie ze strony Miasta Piekary Śląskie (jedynego wspólnika), które zobowiązało się w formie podwyższenia kapitału zakładowego wносить w kolejnych latach wkłady pieniężne, co wynika z uchwały Rady Miasta Piekary Śląskie z dnia 28 kwietnia 2016 r. w sprawie wyrażenia zgody na objęcie udziałów w podwyższonym kapitale zakładowym poprzez wniesienie w latach 2017-2024 do spółki pod nazwą *Piekarskie Centrum Medyczne Sp. z o.o. w Piekarach Śląskich wkładu pieniężnego w kwocie 30.000.000,00 zł*. Uchwała ta stanowi jeden z załączników do umowy wsparcia finansowego stanowiącej załącznik nr 9 do siwz, udostępnionej na stronie Zamawiającego po wniesieniu odwołania.

Zamawiający dokonał sprostowania ogłoszenia o zamówieniu w publikatorze unijnym w dniu 28.01.2017 r. precyzując w sekcji III.1.2 wymaganie dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej przez wskazanie na *obrót roczny netto wykonawcy wynosi min. 30 000 000/rocznie. Zamawiający dokona oceny spełnienia warunku na podstawie oświadczenia wykonawcy o rocznym obrocie wykonawcy, za okres ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres. Wykonawca posiada zdolność kredytową lub dysponuje środkami finansowymi niezbędnymi do sfinansowania wykonania zamówienia w wysokości min. 30 000 000 PLN. Zamawiający dokona oceny spełnienia warunku na podstawie informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.*

W sekcji III.1.3 Zamawiający doprecyzował wymagania w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych wskazując na wykonawcę, który *wykonał w sposób należyty w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, minimum dwie dostawy sprzętu medycznego i wyposażenia Szpitala lub zakładu opieki medycznej w rozumieniu rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30.12.1999 w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych, na kwotę minimum 4 000 000 brutto każda, w tym co najmniej jedną polegającą na dostawie sprzętu medycznego do diagnostyki obrazowej.*

W innych dodatkowych informacjach Zamawiający zamieścił c.d. opisu wymagania dla sekcji III.1.3 precyzując, iż *Zamawiający dokona oceny spełnienia warunku na podstawie wykazu dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert a jeśli okres prowadzenia dział. jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dost. zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wyk. nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wyk.; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dok. potwierdzające ich należyte wykonanie, wydane nie wcześniej niż 3 mies. przed term skład ofert.*

*Szczegółowy wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia określono z braku miejsca w formularzu ogłoszenia rozdziale VI SIWZ.*

Przed modyfikacją ogłoszenie w sekcjach III.1.2 i III.1.3 zawierało analogiczny zapis *Kryteria kwalifikacji zgodne z dokumentami zamówienia*

W rozdziale VI siwz Zamawiający wymienił wszystkie dokumenty w tym te dotyczące oceny zdolności technicznych i sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy wymienione w sekcji III. 1.2 i 1 III.1.3 siwz.

#### **Uwzględniając powyższe Izba zważyła.**

Odwołanie podlega oddaleniu w całości.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu związanego z zaniechaniem podziału zamówienia na części Izba uznała, iż po stronie Zamawiającego wystąpiła uzasadniona potrzeba udzielenia jednego zamówienia na całość wyposażenia nowo wybudowanego budynku, w który z początkiem 2018 r. mają być świadczone usługi medyczne. Zamawiający na posiedzeniu wyjaśnił, iż w obecnie eksploatowanym budynku z końcem roku 2017 r. nie będzie możliwe świadczenie usług medycznych z uwagi na jego zły stan techniczny. Ponadto, sytuacja związana z finansowaniem zamówienia, w całości mającego pochodzić z wkładów pieniężnych podmiotu zewnętrznego – Miasta Piekary Śląskie, jedyne go wspólnika spółki, uzasadnia udzielenie zamówienia na całość prac, tak aby efekt zakładany dla tej inwestycji mógł być osiągnięty w założonym okresie, tj. do końca 2017 r. Izba przyjęła, iż nie będzie spełniało potrzeb Zamawiającego udzielenie zamówienia na część spośród objętych zamówieniem dostaw, a takim ryzykiem obarczone jest prowadzenie postępowania z podziałem na części. Zamawiający nie może mieć bowiem pewności, że dopuszczając składanie ofert częściowych, nawet prowadząc jedno postępowaniem, uzyska oferty pokrywające całość dostawy. Izba uwzględniła to, że dostawa jest w całości dedykowana dla nowego budynku, który zastąpi obecnie eksploatowany zakład. Stąd nie można narzucić Zamawiającemu formuły zamówienia, w której może nie otrzymać całości przedmiotu zamówienia. Gdyby nawet złożono oferty na wszystkie części zamówienia, to nie można wykluczyć, że łączna wartość ofert najkorzystniejszych, mogłaby nie mieścić się w kwocie środków, jakimi dysponować będzie Zamawiający w ramach zakładanego podniesienia kapitału zakładowego. W świetle powyższego, jedynie udzielenie zamówienia na całość dostawy spełniać będzie potrzeby Zamawiającego, który nie może pozwolić sobie na swobodne dysponowanie środkami, jakie Miasto zamierza przekazać na sfinansowanie dostawy.

W świetle tych okoliczności Izba uznała, iż brak podziału zamówienia na części nie narusza zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, mający przejawiać się w opisie przedmiotu zamówienia oraz ograniczeniu dostępu do zamówienia małym i średnim przedsiębiorstwom. W ocenie Izby, to nie kwestia podziału zamówienia na części, ale

przewidziany sposób zapłaty (96 rat miesięcznych) ma istotne znaczenie dla podjęcia decyzji o złożeniu oferty przez wykonawcę lub wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Zakres rzeczowy dostawy obejmuje standardowe wyposażenie oddziałów szpitalnych, a zatem nie powinno być kłopotów ze złożeniem oferty na całość dostawy przez podmioty świadczące tego rodzaju dostawy. Natomiast konieczność poniesienia przez wykonawcę kosztów związanych z kredytowaniem tak dużego zamówienia może decydować o tym, czy wykonawcy zdecydują się złożyć oferty w tym postępowaniu. Jest to jednak kwestia wtórna wobec zasadniczej okoliczności istnienia uzasadnionej potrzeby udzielenia zamówienia na całość dostaw. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, iż Ustawa nie nakłada obowiązku podziału zamówienia na części, pozostawiając decyzji zamawiającego o tym, czy zamówienie podzielić na części oraz co do sposobu tego podziału. Wskazuje na to brzmienie art. 36aa ust. 1 Ustawy *Zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części*. Powyższe skłania zatem do wniosku, że kwestia podziału zamówienia jest uprawnieniem zamawiającego, a nie jego obowiązkiem. Mając na uwadze możliwe konsekwencje w dostępie do zamówienia, decyzja o tym, że zamówienie nie będzie dzielone, przy postawionym zarzucie naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy, podlegać powinna ocenie w kontekście uzasadnionych potrzeb i korzyści, jakie może nieść taka formuła zamówienia dla zamawiającego. W niniejszej sprawie, zarówno cel zamówienia, jakim jest kompleksowe wyposażenie nowego budynku, jak i kwestia związana z jego finansowaniem, powoduje, iż Zamawiający nie może podzielić zamówienia na części.

Odnosząc się do dwóch pozostałych zarzutów Izba uznała, iż podstawy faktyczne opisane w pkt 3 i 12 odwołania utraciły swój byt w związku z dokonaną modyfikacją treści siwz oraz sprostowaniem ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający udostępnił wszystkim wykonawcom umowę wsparcia finansowego wraz z promesą Miasta Piekary Śląskie, które czyniła zadość żądaniom zawartym w odwołaniu. Podnoszony na rozprawie brak dwóch załączników do tej umowy (uchwał Rady Miasta) w ocenie Izby nie miał znaczenia dla ustalenia, iż opis przedmiotu zamówienia jest jednoznaczny i wyczerpujący. Wykonawcy mają bowiem wystarczającą wiedzę co do zakresu świadczenia, jak i jego ratalnego finansowania, aby móc złożyć prawidłową i konkurencyjną ofertę w postępowaniu.

Odnosząc się natomiast do ogłoszenia o zamówieniu, zarzut związany był z brakiem opisu wymagań związanych z kwalifikacjami technicznymi oraz sytuacją ekonomiczną i finansową wykonawców, co zostało przez Zamawiającego uzupełnione w drodze sprostowania ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający zamieścił w ogłoszeniu również informację o wymaganych dokumentach i oświadczeniach, chociaż nie w formie zbiorczego zestawienia oświadczeń i dokumentów. Takie zestawienie zawiera natomiast siwz, do której Zamawiający odsyła w treści ogłoszenia (rozdział VI). W ocenie Izby taki sposób zredagowania ogłoszenia,

przy limicie możliwych do zamieszczenia znaków, nie narusza uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący upatrywał w braku w ogłoszeniu wykazu oświadczeń i dokumentów, szczególnej przeszkody dla podmiotów zagranicznych, z czym Izba się nie zgada. Przede wszystkim treść ogłoszenia o zamówieniu jak i siwz jest taka sama dla wszystkich wykonawców krajowych jak i zagranicznych. Konieczność zapoznania się z siwz jest oczywista dla każdego podmiotu, który wykazałby zainteresowanie ewentualnym udziałem w przetargu. W ocenie składu orzekającego, ogłoszenie o zamówieniu nie ma na celu powielania wszystkich zapisów z siwz, a jego celem jest umożliwienie szerokiemu kręgu podmiotów powzięcie informacji o tym, że toczy się postępowanie, którym mogą być zainteresowani z racji prowadzonej działalności. Stąd informacje zamieszczane w ogłoszeniu są okrojone do tych elementów, które pozwalają na ustalenie czego ono dotyczy i na jakich warunkach jest prowadzone. W ocenie Izby nie można pomijać tego, że w ogłoszeniu wskazuje się miejsce publikacji siwz, która zawiera pełen opis warunków i wymagań zamawiającego, publicznie dostępnej już od dnia zamieszczenia ogłoszenia. W niniejszej sprawie Odwołujący pomija fakt, że ogłoszenie zawiera opis warunków oraz dokumentów w poszczególnych sekcjach, w tym sekcji III 1.2 i III 1.3 po sprostowaniu. Brak oddzielnego zestawienia, które stanowiłoby powtórzenie zapisów zamieszczanych w poszczególnych fragmentach ogłoszenia nie powoduje uszczerbku w merytorycznej zawartości informacji możliwych do ustalenia na podstawie treści ogłoszenia. Nie można również pomijać tego, że obecnie oświadczenia składane są na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, załączanego do oferty. Dopiero wobec wykonawcy najwyższej ocenionej Zamawiający występować będzie o złożenie dodatkowych oświadczeń i dokumentów, co zmienia wagę informacji zamieszczanych w ogłoszeniu w tym znaczeniu, że nie mają tak istotnego znaczenia dla prawidłowego złożenia oferty. Nadal pozostają istotnym elementem procedury i muszą być w sposób precyzyjny wskazane przez Zamawiającego już na etapie wszczęcia postępowania. W przypadku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego informacje o warunkach udziału i dokumentach dostępne są jednocześnie w dwóch dokumentach, tj. ogłoszeniu i siwz, do których wykonawcy mają pełen dostęp. Przy obszernych wymaganiach może się okazać, że limit znaków w ogłoszeniu uniemożliwia ich pełne opisanie i w takiej sytuacji Zamawiający będą zmuszeni odsyłać do zapisów siwz lub dokonywać sprostowania ogłoszenia poprzez jego uzupełnienie. W ocenie Izby, tego rodzaju sytuacje nie stanowią z automatu o naruszeniu Ustawy, jeżeli tylko zamawiający zadba o to, żeby wykonawcy mieli dostęp w ogłoszeniu do informacji o miejscu publikacji siwz możliwej do pobrania od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu, a także zadba, aby informacje zamieszczone w ogłoszeniu oraz siwz nie były ze sobą sprzeczne.

W świetle powyższego Izba oddaliła odwołanie w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego stwierdzone rachunkiem złożonymi przed zamknięciem rozprawy obejmującym koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....